

# 重释知识产权法定原则

孙 山

**【摘要】**知识产权法领域中是否要坚持权利法定原则,这是一个争议已久且尚无定论的话题,正反双方的焦点在于个案中法官能否基于其自由裁量权而解释创设立法上未曾规定的权利。实际上,权利法定原则中的“权利”仅为绝对权,法官依据自由裁量权在个案中保护的,是未上升为权利的法益,并不存在权利推定,只有未上升为权利的法益的推定创设。德国民法学界“框架性权利”的理论创新,是误读权利法定原则和遗忘法益概念的结果,从法理到实践都存在明显问题,我国民事立法不应当引入诸如“一般人格权”“正当竞争权”的理论称谓与立法尝试。

**【关键词】**权利法定原则;绝对权;法益;自由裁量权;框架性权利

**【作者简介】**孙山,西北政法大学经济法学院副教授,法学博士。

**【原文出处】**《当代法学》(长春),2018.6.60~70

**【基金项目】**本文系2013年国家社科基金青年项目“知识产权请求权的理论基础与规范设计研究”(13CFX089)的阶段性成果。

知识产权法领域中究竟是否要坚持权利法定原则或曰权利法定主义,这是一个由来已久的争议,至今尚无定论。国内学者从2004年陆续开始著文论述知识产权法中的权利法定原则问题,<sup>①</sup>2006年集中探讨,<sup>②</sup>之后几年持续发酵,<sup>③</sup>到2015年基本上偃旗息鼓。<sup>④</sup>2017年,随着《民法总则》的出台,由第123条引发的知识产权法定原则问题再次引起学界关注。<sup>⑤</sup>支持者认为,权利法定主义可以协调知识的公共性和知识产权的私权性之间的矛盾,<sup>⑥</sup>主张在权利创设问题上持谨慎态度,否定法官自由裁量权在权利创设中的作用,<sup>⑦</sup>强调知识产权法官“造法”违背了立法指导思想,脱离了现阶段的中国现实。<sup>⑧</sup>反对者则立基于知识产权是自然权利的基本信念,认为知识产权类型化不足的问题是权利法定原则导致的结果,立法修订之外还可以通过财产权理论、合同法理论与侵权法理论等来弥补权利法定原则的缺陷,在司法救济中获得利益平衡的结果。<sup>⑨</sup>两种声音间的鸿沟看上去根本无法缩小。具体来看,正反双方争

议的话题,不外乎如下几项:权利法定原则之下权利能否经由意定产生,经意定产生的权利是否还能被称之为权利法定原则意义上的权利,权利法定原则的缓和在法理与逻辑上是否成立,司法裁判中法官能否基于其自由裁量权认可新创设的权利,法官依据自由裁量权实现救济的法学属性是权利创设抑或其他,法律未作规定的新型法益能否受到保护及受到何种程度的保护。本文将以知识产权法定原则为主要研究对象,围绕上述问题的回答展开讨论。

## 一、知识产权法定原则之本意释明

知识产权法定原则中的“法”,法理上应当只包括全国人大及其常委会制定的法律,既有预期2020年出台的《民法典》,也有已有的和未来将被制定的各种单行法律。立法者既在《民法总则》第123条第2款前七项中列举了具体的类型,也在第八项中作了开放式规定——“法律规定的其他客体”。按照严格的文义解释,此处的“法律”应当只包括全国人大及其常委会制定的法律,行政法规等规范性文件被排

除在外。同样的结论通过历史解释和体系解释也能得出:《民法总则(草案)》(一审稿)第108条第2款第(九)项的表述为“法律、行政法规规定的其他内容”,《二审稿》第120条第二款第(九)项则变化成“法律规定的其他客体”,《三审稿》第123条第2款第(八)项和《民法总则》第123条第2款第(八)项沿袭了《二审稿》的用语。由此推论,立法者否定行政法规可以成为创设民事权利的依据,而这一判断也是和《立法法》的相关规定符合的。<sup>⑩</sup>从民法典立法的视角看,提升民事权利的立法位阶,是保障民法典权威性、限制行政权力和司法权力滥用的重要手段。第123条第2款第(八)项的开放性表述形成了一种规范适用层面的链接依据,全国人大及其常委会制定的民事法律中涉及的新种类知识产权,属于该条款中的“法律规定的其他客体”,在单行法律不敷适用的时候可以直接引用民法典的相关条文作为裁判依据。本条的真实含义应当是:民事主体之间不能通过合意创设新种类的知识产权,除该条所列举的具体种类外,其他单行法律中规定的知识产权种类,也可以通过该条与民法典形成链接,行政法规和其他位阶较低的规范形式不能创设新种类的知识产权。不过存在矛盾的是,第123条第2款第(六)项指涉的集成电路布图设计权和第(七)项指涉的植物新品种权的法律渊源是《集成电路布图设计保护条例》与《植物新品种保护条例》,均为行政法规,并非权利法定原则所要求的高位阶的“法律”。如果要保持体系一致,就必须制定《集成电路布图设计保护法》和《植物新品种保护法》以取代效力不足的《条例》。

知识产权法定原则中的“定”,包括权利种类和内容的成文法明确“规定”和“限定”,当事人违反权利法定原则创设的“权利”,本质上属于债权,只在当事人之间产生拘束力,无法产生绝对权效力。知识产权权利法定,有两层含义,一是知识产权的种类和内容由法律明确规定,当事人不能自由创设;二是知识产权的种类和内容由法律明确限定,违背知识产权法定原则所创设的“知识产权”没有法律效力。知识产权的种类和内容必须符合权利法定原则的要求,这是权利类型强制和内容强制的体现。知识产权种类和内容的规定属于强制性规范,只能由“法

律”规定,“法律”之外,当事人约定的种类和内容不为法律所认可。违反知识产权法定原则创设的知识产权种类与内容,不产生知识产权效力,不会产生排他效力和普遍的对抗效力,但可能会产生其他法律效力。知识产权创设的法律效力虽然没有产生,但当事人创设知识产权的原因行为可能产生债法上的效力,合同符合要件要求时即在当事人之间产生拘束力,合同成立且生效。权利法定原则包括种类和内容法定,而我国《民法总则》第123条仅仅规定了种类法定,有失偏颇。

权利法定原则中的“权利”,是且仅是绝对权,并非相对权,这是由权利法定原则的法技术性原则之属性所决定的。有学者指出,知识产权法定原则并非知识产权法的基本原则,而是拉伦茨所说的法技术性原则,是排他性财产权的权利构造技术,本身并不直接体现社会道德、伦理要求。<sup>⑪</sup>这种分类拓宽了我们分析问题的视野。所谓法技术性原则,是“基于目的性考量所形成”的原则,<sup>⑫</sup>属于操作层面的准则。法律为保护法益而生,根据法益生成的不同途径,我们可以将法益生成的法技术性原则分为绝对权法定原则、相对权意定原则和未上升为权利的法益之推定原则。“法定主义是绝对权体系的结构原则”,<sup>⑬</sup>绝对权的身份决定了知识产权必须实行法定原则,绝对权的身份同样决定了物权和人身权也必须实行法定原则。绝对权为社会公众设置了普遍的注意义务,对不特定第三人的行为自由造成了限制。为在法益保护和行为自由间求得平衡,绝对权均实行权利法定原则,权利的种类和内容只能由法律规定,不能由当事人基于意思自治生成或由法院解释创设。第三人可事先通过公开途径了解得知以便预判行为的后果。由此,绝对权法定原则为社会公众明确划定了权利保护和行为自由的边界,确保了法律的稳定性。相对权意定原则同样属于法技术性原则,只要不违背法律的禁止性规定,民事主体都可以依约定创设权利的种类和内容,在双方之间产生权利义务关系,该种权利义务关系只在特定双方之间具有拘束力,权利义务关系的生成和消灭与社会公众无关。权利设定的方式只有法定和意定两种,意定存在于合同法领域,法定则存在于各种绝对

权的生成中,二者一起构成“民法技术的典型”。<sup>④</sup>权利法定原则实际上是指“绝对权法定原则”,相对权并非权利法定原则意义上的“权利”,只能以意定的方式成立。

权利法定原则严格限定了“法定”的对象——“权利”,将未上升为权利的法益排除在“权利法定原则”的适用范围之外。法益是权利的上位概念,按类型化程度的不同将法益分为权利和未上升为权利的法益,相对权对于特定关系外第三人而言又属于未上升为权利的法益。<sup>⑤</sup>与绝对权法定、相对权意定原则的严格适用不同,未上升为权利的法益则主要遵循着推定原则,其内容在成文法中没有明确规定,种类虽有规定但并非封闭性列举,在不违背禁止性规范的情况下即推定特定利益受法律保护,转化为法益。未上升为权利的法益之推定不同于绝对权法定,部分“有名”的未上升为权利的法益<sup>⑥</sup>之列举不是封闭性列举,虽有法律规定但未限定范围,也未排除后续创设的可能性。未上升为权利的法益之推定也不同于相对权意定,该种法益的生成取决于特定民事主体的单方意志与行为,并不存在双方当事人,该种法益要为不特定的第三人设置较低的注意义务,只有故意实施侵害行为造成损害时才需要承担责任。不难看出,绝对权、相对权和未上升为权利的法益适用不同的法益生成原则,都是为了在法益保护和行为自由间达致平衡。对未上升为权利的法益适用权利法定原则,只能彻底破坏法益保护和行为自由间的平衡,违背立法目的和司法逻辑。

权利法定原则的要义在于强调所有种类对世权的内容和类型只能由法律明文规定,不能由推定产生,未上升为权利的法益则实行推定创设原则,由法官在个案中通过行使自由裁量权的方式实现。因为评价对象与科技进步的密切联系,知识产权法的适用相比于其他法律而言需要法官发挥更多的自由裁量权,但这种自由裁量权行使的结果并非创设某种法律上未曾规定的权利,而是对未上升为权利的法益的保护,通过推定的方式创设未上升为权利的法益。权利法定意味着,只有法律规则中明文规定的权利,才是真正意义上的权利,通过原则的解释在个案中得到保护的,只能是未上升为权利的法益。知

识产权的种类和内容不能由民事主体依约定随意创设,也不能由法院在裁判中通过解释方式创设。国内学者通常所说“权利推定”<sup>⑦</sup>是错误的,作为对世权的物权和知识产权,只能实行权利法定原则,权利推定的说法既不符合法理逻辑,也给司法实践带来诸多困扰。能够经由法院在司法裁判中认可的新创设的法益,是未上升为权利的法益,这一过程,是未上升为权利的法益之推定。

未上升为权利的法益之推定创设原则,旨在有效解决权利法定原则的封闭性与民法规范的开放性间的冲突,为创造性司法奠定法理基础。按照权利法定原则的逻辑,立法者应当在法律中穷尽列举所有对世权的类型和内容,不存在通过司法者解释方式创设新类型权利和权利新内容的可能性,权利法定原则具有严格的封闭性特征,封闭性特征保障了第三人的行为自由。与此同时,民法规范还应当具备一定程度的开放性,以此积极应对现实变化和社会发展,实现法益保护的立法目的。权利法定原则的封闭性和民法规范的开放性间的紧张关系,只能通过未上升为权利的法益之推定创设来缓解。对于那些存在立法技术障碍、最终无法通过立法方式上升为权利的法益类型,<sup>⑧</sup>司法者在个案中依据具体规则的直接适用或一般条款的解释予以救济。对于那些因为立法者出于立法现实而有意舍弃、基于认识水平和预见能力而无意疏漏的法益类型,在以成文法制定或修订的方式认可之前,可由司法者在个案中通过解释一般条款的方式完成保护。在此类个案中,司法者所要保护的,是立法中没有规定的新的法益类型,法官并不创设具有普遍效力的权利,而是创设了只具有个案效力的新的未上升为权利的法益,依据一般条款的解释推定新类型法益的生成,创造性司法获得了正当性基础。法不禁止皆自由,亦可置换成法不禁止皆法益,而一般条款中的禁止性原则划定了行为自由的底线,凡是以法不禁止皆自由的方式推定其合法性的利益均为法益,凡以违反一般条款中禁止性原则的方式实施侵害并造成损害的行为都应当受到法律的否定评价,通过禁止某种行为的方式实现对特定利益的保护。至此,经由未上升为权利的法益之推定创设,权利法定原则得到了

坚守,而民法规范依然保持了足够的开放性。

自由裁量权的赋予和行使是民事司法实践的客观需要。在民法语境下,法不禁止皆自由,凡是不违背民法中禁止性规范的行为,都应当受到法律的肯定评价,由此产生的利益,受民法保护。民法上正当利益生成的内在逻辑决定了民事司法实践中法官不得以法无明文规定为由拒绝裁判,法官通过自由裁量权的行使保护立法者未曾明文规定的正当利益就成为民法制度正常运转的必然选择。法官自由裁量权的行使既受到权利法定原则的限制,不能在司法裁判中认可法律未规定的绝对权种类与内容,也受到法律适用的逻辑结构与过程的限制,<sup>⑧</sup>尽力保障司法的统一。特别需要指出的是,未上升为权利的法益在司法裁判之前已经生成,法院行使自由裁量权的结果是在司法层面认可这种创设,而不是代替民事主体完成法益的创设,更不是代替立法机关宣示新创设法益的对世效力。法院只是居中裁判,为解决个案中的救济问题而被迫作出评价,本质上不同于立法活动。

## 二、权利法定原则的误读与“框架性权利”的虚无

### (一)“框架性权利”的由来

为了在权利法定原则语境下解决未上升为权利的法益保护的法理说明问题,德国民法学理论上发展出了“框架性权利”(Rahmenrecht)。目前,“一般人格权”和“营业权”都被定性为“框架性权利”。<sup>⑨</sup>一般认为,大陆法系范围内在“侵权”构成的立法模式上存在着限定性和非限定性(或曰封闭性与开放性)之分,前者明确限定保护范围,后者不限定保护范围。<sup>⑩</sup>非限定性立法模式以法国《民法典》为代表,第1382条和第1383条只关注损害的发生及其填补,是否一定侵犯权利在所不问。限定性立法模式以德国《民法典》为代表,第823条和第826条对权利和未上升为权利的法益实行了区分保护。特别是第823条第1款,立法者在其中明确列举了所有权这种绝对权和生命、身体、健康、自由这四类具有对世效力的法益,对保护范围作了明确的限定。同时,为保持适度的开放性,立法者又在该条中规定了“其他权利”,“框架性权利”即为被解释出来的“其他权利”。

“框架性权利”虽然是德国民法中基于其法典结构而创设的理论,但对“框架性权利”的探讨,于我国的制度建设,也有积极的意义:毕竟,国内有大量肯定“一般人格权”概念的著述,亦有不少学者主张废止该概念,<sup>⑪</sup>观点分歧很大;对于反不正当竞争法所保护的主体利益的法律属性,国内也有众多学者以权利之名界定,名之曰“公平竞争权”<sup>⑫</sup>“商业秘密权”<sup>⑬</sup>“未注册商标权”<sup>⑭</sup>“知名商品特有名称、包装、装潢权”<sup>⑮</sup>等似是而非的概念由此而生;也有学者直指反不正当竞争法保护客体为法益,并不创设完全独占权,<sup>⑯</sup>竞争法利益承载的向度应选择法益模式。<sup>⑰</sup>提升至一般层面探讨“框架性权利”的论述,目前为止国内只有于飞教授的《论德国侵权法中的“框架性权利”》一文。<sup>⑱</sup>可见,“框架性权利”的研究在国内还是相当薄弱。部门法学的理论研究从来都是以立法为目标的,若不对这些有争议的学说作梳理分辨,势必会影响到未来的法律制定和修改。

“框架性权利”由菲肯切尔教授首先提出,后续研究都是以他的著述为基础的。菲肯切尔在著述中认为:“有一些法律地位,它们被归属于确定主体的权利范围,但却并不像前述绝对权具有确定易辨的清晰性,而是显示出某种模糊性。虽然客观法赋予了它们明确的地位,但它们并不能原则上排除他人的一切侵害。人们可以将这些法律地位称为框架权,从而与那些绝对受保护的法益相区分”。<sup>⑲</sup>从上述论述中我们可以推断,菲肯切尔所说的“框架性权利”,是实定法意义上的范畴,只在特定情形下受到一定程度的保护。按照于飞的总结,“框架性权利”具有如下三个重要特点:内容并不清晰确定,而是具有某种模糊性;权利侵害必须经过利益衡量才能确定违法性;具有对传统权利的补充功能,属于兜底保护的手段。<sup>⑳</sup>模糊性特征和利益衡量因素的存在使得法官在“框架性权利”的司法保护中扮演着比绝对权的司法保护中更重要的角色,法官只能事后、个案地处理利益冲突过程中的价值选择问题,很难在裁判之前得出有效的预判。因此,对于“框架性权利”的保护,法官的自由裁量权就成为必备选项。很显然,“框架性权利”与权利法定原则之间存在着严重的法理冲突。

《德国民法典》第823条第1款保护的客体均是具有对世效力的法益,被后续立法创设的“其他权利”也应当符合这一要求,“框架性权利”不属于“其他权利”。按照《德国民法典》第823条第1款的规定,“侵权法”保护的法益可以分解为两大类:第一类为明确列举的“他人的生命、身体、健康、自由、所有权”,这些法益均为具有对世效力的法益;第二类为未曾释明的“其他权利”。对于“其他权利”作何理解,众说纷纭。一般认为,“其他权利”必须像财产所有权一样,具有积极的分配效能(Zuweisungsfunktion)和消极的排除效能(Ausschlussfunktion),只有绝对权(absolute Rechte)才能充当该条中的“其他权利”,<sup>④</sup>作为相对权的债权被排除在外。根据体系解释的要求,第823条第1款中的“其他权利”在属性上必然和同条中的那些对世法益相同,而与第823条第2款和第826条所保护的不具有对世效力的法益有别。反观“框架性权利”,没有确定的内容和清晰的边界,不可能为其他主体设立明确的行为警戒线,不存在积极的分配效能(部分学者将之译为归属效能),消极的排除效能也受到极大的限制,无法归类为绝对权,更不能被解释为“其他权利”。“框架性权利”所表达出来的意义,仅仅是强调以往被忽视的某个领域目前可以提供法律保护,如何保护完全依赖于法官的自由裁量权。因此,于飞才主张“框架性权利”名为权利而实为一般条款。<sup>⑤</sup>研究中尚需推进的是,“框架性权利”并非一般条款,包含“框架性权利”的条款才是一般条款。“框架性权利”的概念连接应然权利和实然权利,指称属于应然权利但尚未上升成实然权利的法益,换言之,“框架性权利”实际上指的是未上升为权利的法益,与“其他权利”绝缘。

## (二)“框架性权利”的谬误

“框架性权利”不能有效纳入既有理论体系,逻辑上存在明显问题。“框架性权利”给了民法学者巨大的想象空间,成为包治法益保护难题的灵丹妙药。相比于其他被法定的绝对权,“框架性权利”是可以通过解释方式创设的,极具灵活性,自然也存在被随意解释创设的可能性,以积极填补法律的漏洞。但是,“框架性权利”的民法定位始终难以解决。“一般人格权”“营业权”等“框架性权利”不具有

“确定易辨的清晰性”,很难与德国《民法典》第823条第1款中明确列举的五项具有对世效力的法益提取公因式,引入到民法中会颠覆民事权利分类体系中绝对权、相对权的二元划分。“框架性权利”的外部表现、内在属性和救济模式均与被明确列举的五项差别巨大,将其解释为绝对权将会严重破坏行为自由与法益保护之间的平衡。有学者指出:“我们只看到一般人格权概念在德国的法律实践中发挥的作用,但是却忽略了这一概念的引入,对德国民法理论框架所产生的影响”。<sup>⑥</sup>德国民法语境下的“一般人格权”,处处与众不同,难以和既有的权利体系融合。对于德国《民法典》第823条第1款中所列举的各类保护客体,损害赔偿请求权主张的构成要件中违法性是通过推定的方式予以认定的,只要没有特殊性、排除违法性的理由,针对第1款中所列客体的侵害行为总是违法的,即所谓的“结果违法”学说。<sup>⑦</sup>但在“框架性权利”救济的违法性认定中,并不存在推定成立的可能,而是要采取“积极确定违法性”的处理方法,<sup>⑧</sup>不同于权利而与未上升为权利的法益相同。

所谓的“营业权”也面临类似的质疑。现以其中的“商业秘密权”为例剖析。在支持者看来,商业秘密权具有如下独有特征:权利主体不是单一的,存在多个权利主体同时对商业秘密进行占有、使用、处分和收益的可能性;保护期限具有不确定性,在法律上没有规定;权利的确立无须国家审批,自商业秘密产生之日自动取得。<sup>⑨</sup>以权利的效力范围为依据,我们只能将民事权利分为绝对权和相对权两种,并不存在居于二者之间的中间性权利。如此,则“商业秘密权”只能是其中的绝对权。然而,作为绝对权的“商业秘密权”,权利主体不确定,保护期限不确定,权利内容不确定,权利的产生又无从事先知晓。这样“任性”的“权利”的存在,对于社会公众而言,就是一个时时、事事可能侵权的陷阱,行为自由无从实现。内容根本无法公示、不具有对世效力、不具备排他效力的商业秘密,<sup>⑩</sup>没有资格进入绝对权的队伍。

“框架性权利”也给司法实践带来了难题:如何限制法官的自由裁量权。法官的自由裁量权本是司法实践所必需,但“框架性权利”的出现将会使法官的自由裁量权不受限制,形成“法官群体的自我授

权”现象。<sup>③</sup>法官可以通过解释“其他权利”的方式创设出具有对世效力的“框架性权利”，如此一来，法官就彻底取代立法者的角色，成文法的规定很难构成对法官的限制。正如一些学者所言：“在框架权理论之下，是司法者自己在创设一般条款，是自己对自己进行委任和授权”，<sup>④</sup>“(一般人格权)其最主要的功能在于给法官提供一个自由裁量的依据”。<sup>⑤</sup>德国法上，只有损害那些以“绝对专属”的方式赋予某人的利益之行为，才能进行违法性的推定：对于损害不具有专属性的利益之行为，则不能通过推定的方式认定违法性，<sup>⑥</sup>只能举证证明。法官依不受限制的自由裁量权所创设的“框架性权利”有“其他权利”之名、无“其他权利”之实，司法救济当然存在逻辑矛盾问题。权利法定原则本为限制法官的自由裁量权而设，排除法官通过个案裁判创设具有对世效力的权利之可能，“框架性权利”的出现让权利法定原则的立法目的彻底落空。法官，能且只能在个案中完成合法利益的救济，绝对权的创设只能由立法者完成，法官不应当享有不受限制的、在个案中创设权利的自由裁量权。

“框架性权利”是在法益被遗忘的大背景下出现的对策性理论，只在特定的阶段有其价值。正如梅迪库斯所言：“权利在私法中所占的主导性地位，长期以来遮住了传统学说考察其他思路的视线”。<sup>⑦</sup>法益这一基石性质的概念长期被遗忘，正是“框架性权利”出现的主要原因。缺少法益概念时，在现有的以权利为核心的潘德克顿民法理论体系之下，人们只能用“权利”来描述一切受保护现象，用“框架性权利”这样的概念创新来指称未上升为权利的法益。我们常常习惯于孤立地看待比较法上的某个概念或某种制度，忽视了其作为系统的组成部分。所谓的“框架性权利”，在私法权利体系中，就如太平洋上的小岛，撒哈拉中的绿树，如此的突兀，即便我们再如何宣扬小岛对于人类生存的重要性，也不可能将之归为海洋和沙漠本身。“框架性权利”的提出者所要达到的目的，是借“权利”的壳，让一些正当利益进入到民法保护范围之内。但是，“框架性权利”之未上升为权利的法益的底色，决定了它不可能成为真正的权利，即便立法者将其命名为权利，也始终只有权

利之名，无权利之实，仍然需要按照未上升为权利的法益之属性界定来确定相应的救济规范。“框架性权利”是在缺少法益作为逻辑支撑情况下的对策性理论、特设性质的学说，根本不具备普适价值。

不依赖“框架性权利”，我们也可以在德国《民法典》语境下解决“框架性权利”理论所针对的问题。在面对“框架性权利”时，德国民法学理论要处理二难选择问题：要么将“框架性权利”所指向的内容定性为权利，同时对这种权利作有别于通常意义上权利的区别保护，同一概念出现不同的理解；要么将“框架性权利”所指向的内容排除在保护范围之外，以保证权利概念的一致性，但又不能对封闭、僵化等批评作出任何有价值的回应乃至反驳。不过，上述的二难选择只在法益概念缺位的情况下存在。一旦明确了所谓“框架性权利”之未上升为权利的法益的本质，那么“框架性权利”的保护规范设计自然不同于权利。有学者认为，“一般人格权”在德国民法上之所以能出现，“主要是德国独特的侵权行为法的结构(把侵权行为的客体限定在类型化的权利之上)所导致”。<sup>⑧</sup>这种认识还需百尺竿头更进一步。一般人格权之所以能出现，主要是因为之前的德国民法学者忽略了对法益的研究，“人们把那些仅仅通过个别的命令或禁令得到保护的律状态，也视作了权利”。<sup>⑨</sup>“一般人格权”的出现与德国“侵权行为法”的结构无关，所谓的“侵权行为法”是错译、误读的结果，本意是“不法行为法”，强调行为的不法性，至于侵害的对象究竟是权利抑或其他客体，在所不问。可见，即便不从“其他权利”条款中推演出所谓的“框架性权利”，“不法行为法”仍然能够提供有效救济，“不法”一词具有足够的开放性，完全不同于被错误翻译的“侵权”。我国《侵权责任法》面临的诸多问题，均自该法的命名而生。

“框架性权利”的概念创新不足效法，应当尽可能在我国立法、司法实践和学理研究中避免出现。不客气地说，“框架性权利”是无意义的概念创新，没有实践价值。19世纪欧洲大陆法典编纂之际，民法学的研究受概念主义法学理念影响巨大，“法典万能论”的思潮强调法典是包罗万象、逻辑自足的封闭体系，禁止法官对法律作任何解释。<sup>⑩</sup>在此背景下，我

们不能期待“自动售货机”式的法官能超越法典对客体的封闭式列举,通过法律解释的方式认可未被明确列举的各种未上升为权利的法益。时过境迁,目前已几乎无人主张万能立法者的存在,法益得到普遍承认,创造性司法成为不可避免之事,法官依据自由裁量权在个案中认可未上升为权利的法益的合法性,根本无需引入制造混乱的“框架性权利”。

### 三、权利法定原则与《民法总则》第123条的重构

#### (一)权利法定原则与《民法总则》第123条的冲突

伴随着争议,《民法总则》已经进入了实施阶段。《民法总则》规定了民事活动必须遵循的基本原则与一般规则,为各分编的制定提供了基本的体系框架。因此,对于其中的知识产权条款,必然要审问、深思、精研。然而,硕果仅存的第123条,在列举知识产权保护范围的同时,还在条文中使用了“专有的权利”的表述,如此一来,“商业秘密权”和“未注册商标权”这两种明显与权利法定原则相违背的“权利”类型也找到了法律依据,知识产权的“专有的权利”体系陷入混乱,给知识产权法融入民法体系设置了新的障碍。

《民法总则》第123条仍然存在着无法消解的矛盾,“专有的权利”的限定表述与八项具体列举无法完全兼容。按照官方的说法,知识产权具有专有性,“法律规定知识产权为权利人专有,除权利人同意或法律规定外,权利人以外第三人不得享有或者使用该权利,否则为侵害他人的知识产权”。<sup>⑧</sup>学理上则通常认为,“所谓专有,在法律意义上是指专有其利益”,<sup>⑨</sup>“专有性即排他性和绝对性,是知识产权和所有权共同的特征”。<sup>⑩</sup>因此,对于权利人而言,专有性意味着可以基于意思自治而利用,在受到侵害后可以排除他人干涉,无论对方是否事先知晓其权利的存在。显然,商业秘密和未注册商标的保护不符合专有性的描述,专有性只可能是第123条所列举的除商业秘密和未注册商标之外其他类型知识产权的共同特征。<sup>⑪</sup>第123条第(五)项列举了商业秘密,第(三)项商标的用语并未将未注册商标排除在外,我国《商标法》又实行自愿注册原则,未注册商标自然也属于该条“知识产权”的“客体”。商业秘密的“权利

人”不能禁止他人通过反向工程获取存在于己方售出产品中的商业秘密,也不能禁止他人通过自主研发和经营获得同样内容的商业秘密。未注册商标的“权利人”不能禁止他人基于善意使用相同的商标在相同的商品或服务上,也不能禁止他人善意注册,还会因为他人的善意注册与使用行为而受到限制,只能在原使用范围内继续使用该商标,且可以被要求附加适当区别标识。<sup>⑫</sup>这样的“权利”不能排除他人享有或使用,谈不到“专有”。如果非要反向工程等解释为“法律规定”中的除外性质的权利限制,对“专有”作有别于通常文意的解释,那么,此种权利限制也与《著作权法》中的合理使用与法定许可、《专利法》中的法定许可、强制许可及不视为侵权的例外情形在法律效果上相去甚远:反向工程等所谓权利限制情形下,就同样的对象产生了新的“权利”主体,“在先权利人”并不能对“在后权利人”作出任何限制,“在后权利人”可以对相同对象作包括转让在内的任意处理;而合理使用等权利限制情形下,同样的对象并不能产生新的权利主体,知识产权仍归属于原权利人,他人只能在严格符合法定条件的情况下利用该知识产权,利用的方式和范围都是明确限定的,越界即构成侵权。第123条强调该条所列举之知识产权的“专有性”,是建立在严重扭曲法理、悖离逻辑、违反规范现实的前提之上的,“专有的权利”的限定表述与八项具体列举无法完全兼容。

《民法总则》第123条对知识产权的定义和范围列举,均存在明显不足,而其根源,则在于对法益的忽视。一些学者认为,第123条突出知识产权的专有性存在商榷之处,原因之一在于专有性不是知识产权的独有特征,专有性与绝对性是知识产权和物权的共同特征。<sup>⑬</sup>但是,专有性只是第123条中所列举的具有对世权属性的知识产权类型的特征,而对于那些以未上升为权利的法益之形式存在的知识产权类型(如商业秘密和未注册商标),专有性一说无从谈起。换言之,如果我们还是在第123条整体规定的基础上来使用知识产权一词,那么专有性并非知识产权概念界定的必要条件,甚至,不应当成为构成要素。

#### (二)《民法总则》第123条的重构

如上所析,《民法总则》第123条存在着无法克服

的法理矛盾,“专有的权利”的表述对该条的适用与知识产权各单行法的制定与修改,对司法实践的科  
学、合理、稳定都有着巨大的影响。所以,即便几乎不可能就本条在短时间内作出修订,本文也尝试着重  
构“知识产权”条款,就知识产权及其相关法益所能受到的保护分别在两条中作出规定,进行区分保  
护,以期方便各界更准确地理解、实现立法者制定该条的立法目的。

对知识产权的整体界定如下:“民事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法对下列对象享  
有的排他的权利:(一)作品;(二)发明、实用新型、外观设计;(三)注册商标;(四)地理标志;(五)集成电路布  
图设计;(六)植物新品种;(七)法律规定的其他对象”。本条是对民事主体依法享有知识产权的规定。顾  
名思义,知识产权是一种权利,按照文义解释的规则,未上升为权利的法益不能被涵盖在知识产权的  
概念所指之下。民事主体依法享有的知识产权是绝对权、对世权,排他效力特别强。而以未注册商  
标、商业秘密、有一定影响的商品名称、包装、装潢为代表的知识产权相关法益,只是未上升为权利  
的法益,不能和注册商标权、专利权等作相同的类型化处理,并非绝对权、对世权,排他效力受到诸  
多条件限制。所以,本条中民事主体依法享有知识产权的范围列举,不包括商业秘密和未注册商  
标。为保证民法典的相对稳定性和适度灵活性,本条第(七)项规定了“法律规定的其他对象”,为未  
来的发展和法律的调适留出了空间与可能。

对知识产权相关法益的保护作如下整体界定:“民事主体依法对下列对象利用并在一定范围内排  
除他人干涉:(一)未注册商标;(二)商业秘密;(三)有一定影响的商品名称、包装、装潢;(四)法律  
规定的其他对象”。本条是对知识产权相关法益的列举。民事主体可对包括未注册商标、商业  
秘密等在内的法益进行利用并在一定范围内排除他人干涉。自愿注册制度下,未注册商标可以  
存在于商标法中,并且应当受到商标法的保护,只是在保护力度与方法上和注册商标有区别,此  
即所谓法益的区分保护。《民法总则》第123条条文中规定的知识产权客体包括“商标”,未  
限定为注册商标,按此,则未注册商标也应当

属于客体之一。而在官方的条文说明中,则强调“权利人依法就商标享有的专有权利是商标  
专用权”。<sup>⑤</sup>结合现行《商标法》第3条的规定,可以确定,《民法总则》第123条中的“商标”  
实际上指的是“注册商标”,“专有”的限制将未注册商标彻底排除在外。该条的规定与我国  
《商标法》的现状与发展趋势背道而驰。在用“专有”将未注册商标排除在保护范围之外  
的同时,立法者又将商业秘密纳入该条,完全无视商业秘密根本不存在与其它具有对世效力  
的知识产权相同意义上的“专有”属性。将商业秘密这种典型的未上升为权利的法益当作  
权利来进行保护是南辕北辙,是对《反不正当竞争法》第10条第3款所使用的措辞的过度  
推演,只会让问题本身更复杂。法益概念的引入不可避免,《侵权责任法》第2条第2款已  
经使用了“权益”的模糊表达以应对此种发展趋势,《民法总则》中对知识产权的界定也  
应有所体现。

一些学者在比对《民法通则》和《民法总则》的条文数量及内容后指出,《民法总则》  
对时代特征和社会巨变缺乏足够的回应,在事实上形成了知识产权在政策体系中受重视  
而在民法典编纂体系中被忽视的观念落差。<sup>⑥</sup>这种观念落差的形成,与知识产权法学的  
研究者们与民法学界缺少交流,难以达成学术共识是分不开的。特定阶段的历史原因  
形成了我国法学研究中学术传承的先天不足和后天失调,笔墨纷争的开始,常常是由  
于概念的不精准翻译或遗忘。商业秘密被冠以权利之名并被纳入《民法总则》第123  
条中,就是不精准翻译造成的结果;未注册商标在《商标法》中的尴尬地位,就是法  
益概念被遗忘造成的结果。前述两条对知识产权的立法规定建议,目的也包括还原本  
来面目。

### 结语

权利法定原则问题的症结,在于“权利”的界定,而其正解,则在于权利和未上升  
为权利的法益的区分。法益是比权利更基础的概念,是权利的上位概念。法律为保  
护利益而生,法律所保护的利益即为法益,利益是前实定法范畴,法益则兼具前  
实定法与实定法色彩。权利与未上升为权利的法益均为法益的存在方式,因其特  
征的差别而须在法律上作区分保护。<sup>⑦</sup>权利法定原则中的“权利”仅指绝对权,相对

权则采意定原则,未上升为权利的法益主要实行推定原则。如此,权利法定原则确保了法律的稳定性,以事先公示或可通过公开途径了解的方式方便第三人知悉权利的内容,针对不特定第三人课加普遍的注意义务,兼顾行为自由和法益保护。相对权意定原则确保了法律的灵活性,赋予私法主体以约定方式规划双方行为的可能性,约定的拘束力只及于双方,在不违反法律的禁止性规范时产生法律效力,第三人因不知情而不被课加普遍的注意义务,兼顾行为自由和法益保护。未上升为权利的法益兼顾了稳定性与灵活性,只对第三人课加较低的普遍注意义务,凡是不违背法律的禁止性规范的行为所产生的利益均被推定为正当利益而受到法律保护,在私法“法不禁止皆自由”的理念导引之下保障了法益的生成和民法体系的开放性。正如一些研究者所言,权利法定原则作为典型的民法立法技术,本身无可批判。<sup>⑤</sup>明确了法益生成的不同途径,我们自然就能对“框架性权利”的虚无和“权利推定”之谬误有清楚的认识。如果我们想要构建以民法为核心的整体性知识产权法,那么,法益的区分保护必将是理论建设的原点,哪怕大家不使用形式上的法益概念,也最终要不可避免地使用实质上的法益理论。

#### 注释:

①如郑胜利:《论知识产权法定主义》,载郑胜利主编:《北大知识产权评论》(第2卷),法律出版社2004年版,第51-66页;李扬:《略论知识产权法定原则》,《电子知识产权》2004年第8期,第17-19页;易继明:《知识产权的观念:类型化及法律应用》,《法学研究》2005年第3期,第110-125页。

②如崔国斌:《知识产权法官造法批判》,《中国法学》2006年第1期,第144-164页;李扬:《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》,《法学研究》2006年第2期,第3-16页;李建华:《论知识产权法定原则——兼论我国知识产权制度的创新》,《吉林大学社会科学学报》2006年第4期,第83-89页;郑胜利:《论知识产权法定主义》,《中国发展》2006年第3期,第49-54页。

③代表性文章如应振芳:《司法能动、法官造法和知识产

权法定主义》,《浙江学刊》2008年第7期,第55-63页;李扬:《知识产权法定主义的缺陷及其克服——以侵权构成的限定性和非限定性为中心》,《环球法律评论》2009年第2期,第73-85页;李强:《知识产权法定原则适用的几个基本问题》,《科技与法律》2009年第6期,第83-87页;王宏军:《知识产权法定主义与公共利益维护》,《知识产权》2012年第5期,第36-41页等。

④以“知识产权法定主义”或“知识产权法定原则”为题在中国知网检索,2015年和2016年无任何相关论文发表。

⑤如易继明:《知识产权法定主义及其缓和——兼对〈民法总则〉第123条条文的分析》,《知识产权》2017年第5期,第3-11页;李宗辉:《论我国民法典编纂中的知识产权规范类型及内容》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2017年第4期,第55-63页。

⑥参见前引①,郑胜利文,第54页。

⑦参见前引②,李扬文,第4页。

⑧参见前引②,崔国斌文,第146页。

⑨参见前引①,易继明文,第110-125页。

⑩参见该法第7、8条规定。

⑪参见前引③,李强文,第83-85页。

⑫[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥等译,商务印书馆2003年版,第293页。

⑬前引③,应振芳文,第58页。

⑭[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第94页。

⑮参见孙山:《寻找被遗忘的法益》,《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第1期,第59-70页。

⑯如商业秘密、未注册商标、商品特有名称、包装、装潢等,均规定到了成文法中,属于被列举的“有名”的未上升为权利的法益,而所谓“商品化权”,则属于未被列举的“无名”的未上升为权利的法益。

⑰参见郭道晖:《论权利推定》,《中国社会科学》1991年第4期,第179-188页;王涌:《民法中权利设定的几个基本问题》,《金陵法律评论》2001年春季卷,第137-144页。

⑱如死者利益和胎儿利益的保护。

⑲参见卢佩:《“法律适用”之逻辑结构分析》,《当代法学》2017年第2期,第97-105页。

⑳参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第803页以下。

㉑参见姜战军:《侵权构成的非限定性与限定性及其价值》,《法学研究》2006年第5期,第30-43页。

②如冉克平:《一般人格权理论的反思与我国人格权立法》,《法学》2009年第8期,第133-144页;尹田:《论人格权概括保护的立法模式——“一般人格权”概念的废除》,《河南省政法管理干部学院学报》2011年第1期,第28-30页;鲁晓明:《论一般人格理论的摒弃及替代》,《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第4期,第70-78页等。

③参见唐兆凡、曹前有:《公平竞争权与科斯定律的潜在前提——论公平竞争权的应然性及其本质属性》,《现代法学》2005年第2期,第147-151页;王显勇:《公平竞争权论》,人民法院出版社2007年版,第1页以下。

④比较有影响力的两部商业秘密专著都使用了“商业秘密权”的称谓,见张玉瑞:《商业秘密保护法》,中国法制出版社1999年版,第1页以下;孔祥俊:《商业秘密法保护原理》,中国法制出版社1999年版,第1页以下。国内一部有影响力的教材也使用了“商业秘密权”的表述,参见吴汉东主编:《知识产权法》,法律出版社2014年版,第331页。

⑤如冯术杰:《未注册商标的权利产生机制与保护模式》,《法学》2013年第7期,第39-47页。

⑥如李国庆:《论美国商标许可合同中的商品外观权益归属——兼评王老吉与加多宝包装、装潢纠纷案》,《知识产权》2013年第6期,第96-100页。

⑦参见郑友德、胡承浩、万志前:《反不正当竞争法的保护对象——兼评“公平竞争权”》,《知识产权》2008年第5期,第33-39页。

⑧参见王红霞、李国海:《“竞争权”驳论——兼论竞争法的利益保护观》,《法学评论》2012年第4期,第92-99页。

⑨参见于飞:《论德国侵权法中的“框架权”》,《比较法研究》2012年第2期,第69-76页。在中国知网输入“框架权”作为篇名进行检索,只能得到于飞的一篇文章;而以“一般人格权”为篇名则可以检索到136篇论文,以“竞争权”为篇名可以检索到54篇论文。检索时间2018年3月10日。

⑩上引于飞文,第70页。

⑪参见前引⑨,于飞文,第70-71页。

⑫参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第40页。

⑬参见前引⑨,于飞文,第72页。

⑭薛军:《揭开“一般人格权”的面纱——兼论比较法研究中的“体系意识”》,《比较法研究》2008年第5期,第26页。

⑮参见前引⑬,福克斯书,第85页。

⑯参见前引⑬,福克斯书,第85页。

⑰参见前引⑭,吴汉东主编书,第331页。

⑱参见孙山:《反思中前进:商业秘密保护理论基础的剖解与展望》,《知识产权》2011年第8期,第63-64页。

⑲参见前引⑲,于飞文,第74页。

⑳参见前引⑲,于飞文,第74页。

㉑熊谓龙:《权利,抑或法益?——一般人格权本质的再讨论》,《比较法研究》2005年第2期,第54页。

㉒参见前引⑳,薛军文,第27-28页。

㉓前引⑲,梅迪库斯书,第63页。

㉔参见前引⑳,薛军文,第30页。

㉕前引⑲,梅迪库斯书,第63页。

㉖参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第39页。

㉗石宏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第292页。

㉘刘春田:《知识产权法解析》,《中国社会科学》2003年第4期,第120页。

㉙吴汉东:《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识——以财产所有权为比较研究对象》,《法学研究》2000年第5期,第5页。

㉚李琛教授在对专有性的解释进行梳理之后,指出法学理论界将专有性当作知识产权的特征的观点是违反形式逻辑的,而从法教义学需求出发,第123条中的“专有”限定只能解释为一种语言习惯,专有性并非知识产权的特点。参见李琛:《论〈民法总则〉知识产权条款中的“专有”》,《知识产权》2017年第5期,第12-16页。

㉛见《商标法》第59条第3款。

㉜参见何华、肖志远:《〈民法总则〉知识产权条款评析及未来立法展望》,《知识产权》2017年第5期,第27页。

㉝前引⑭,石宏主编书,第288页。

㉞参见前引⑮,何华、肖志远文,第25页。

㉟就法益的区分保护而言,国内已有不少著述涉及,如葛云松:《〈侵权责任法〉保护的民事权益》,《中国法学》2010年第3期,第37-51页;王成:《侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范途径——兼论〈侵权责任法〉的一般条款》,《清华法学》2011年第2期,第48-70页;于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第二章“侵权法中权益区分的可能性”,第52-78页;方新军:《权益区分保护的合理性证明——〈侵权责任法〉第6条第1款的解释论前提》,《清华法学》2013年第1期,第134-156页等。

㊱参见前引③,应振芳文,第62页。